



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 749/2017, de 4 de mayo de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4.ª)

Rec. n.º 3337/2015

SUMARIO:

Educación. Conciertos educativos. Educación separada por sexos. Suspensión del procedimiento por pendencia de recurso de inconstitucionalidad. Compatibilidad de los sistemas de educación diferenciada por sexo con el principio de igualdad, cuya constitucionalidad no suscitó dudas durante la aplicación del marco normativo previo a la LOE, ni las suscita ahora, habida cuenta de la exigencia impuesta para los centros que impartan enseñanzas bajo este sistema de que garanticen el pleno respeto a las exigencias derivadas de la normativa internacional -artículo 2 de la Convención de la UNESCO- a cuyo fin deberán exponer en su proyecto educativo las razones de la elección de dicho sistema, además de las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad. La prohibición de la discriminación por razón de sexo ha quedado superada tras la reforma del artículo 84.3 (LOE) por la LOMCE que establece que la educación diferenciada por sexos no es un supuesto de exclusión del régimen de conciertos educativos, ni implica una discriminación por razón del sexo y todo ello a pesar de que la Comunidad Autónoma mediante recurso a cuestionado la constitucionalidad de dicha reforma, y que a pesar de que aún no ha sido resuelto, suspender el procedimiento supondría perpetuar una situación que le priva del acceso a unos fondos públicos para el mantenimiento de centros educativos, sin base legal, por tanto, los centros de educación diferenciada tienen tanto derecho como otros a obtener concierto educativo. Votos particulares.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 8/2013 (para la Mejora de la Calidad Educativa), disp. trans. segunda.

Ley Orgánica 2/2006 (Educación), arts. 84, 116.1 y disp. adic. vigésimoquinta.

Ley Andalucía 12/2007 (promoción de la igualdad de género), arts. 4.5 y 13.

Ley Orgánica 10/2002 (de calidad de la Educación), art. 72.3.

Ley Orgánica 2/1979 (LOTC), arts. 30 y 35.

RD 2377/1985 (Rgto. Normas Básicas sobre Conciertos Educativos), arts. 43 y 44.

Constitución Española, arts. 10.2, 14, 27, 81.1, 120 y 163.

PONENTE:

Don José Luis Requero Ibáñez.

SENTENCIA

En Madrid, a 4 de mayo de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado con el número 3337/2015 interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA mediante escrito de la Letrada de sus Servicios Jurídicos, contra la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 dictada por la Sección Tercera de



www.civil-mercantil.com

la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el recurso 152/2014. Ha comparecido como parte recurrida la entidad SOCIEDAD ANÓNIMA PARA EL FOMENTO DE ENSEÑANZAS DEL SUR (SAFES) representada por el procurador don Roberto de Hoyos Mencía y asistida por la letrada doña Carmen Mora de la Rosa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, se interpuso el recurso contencioso-administrativo 152/2014 contra la orden de 27 de febrero de 2014, por la que se resuelve la solicitud para acogerse el régimen de conciertos educativos del centro docente privado ALTAIR de Sevilla, a partir del curso académico 2014/2015, dictada por la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía.

Segundo.

La citada Sección dictó sentencia de 24 de septiembre de 2015 cuyo Fallo dice literalmente:

« Que estimando el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Sociedad Anónima para el Fomento de las Enseñanzas del Sur (SAFES), titular del colegio concertado ALTAIR, contra la Orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía expresada en el antecedente de hecho primero, debemos anular y anulamos dicha resolución por no ser conforme con el ordenamiento jurídico, declarando el derecho del centro ALTAIR de Sevilla a la concertación de las enseñanzas y etapas solicitadas, con efectos desde el curso académico 2014/2015 y por un periodo de tres años; y ello, con imposición de costas a la demandada en los términos y con el límite expresados en el fundamento jurídico último.»

Tercero.

Contra la referida Sentencia preparó recurso de casación la letrada de la Junta de Andalucía en la representación que le es propia que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 15 de octubre de 2015 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes .

Cuarto.

Emplazadas las partes y comparecidas en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, la recurrente presentó el escrito de interposición del recurso de casación basado, en síntesis, en los siguientes motivos:



www.civil-mercantil.com

1º Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) por infracción del artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), al existir por un lado contradicción interna de la sentencia impugnada y por otro falta de motivación o motivación insuficiente porque la Sala se abstiene de plantear la cuestión de constitucionalidad alegando que sólo cabría plantearla en el supuesto de que considerase que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE), y la disposición transitoria Segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 diciembre de 2013, para la mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE) pudieran vulnerar algún precepto de la Constitución y esta contradicción no pudiera salvarse por vía interpretativa; sin concretar cuál es la interpretación que permite salvar la evidente contradicción entre los dos preceptos citados y el artículo 14 de la Constitución, causando a la recurrente indefensión (artículo 24 de la Constitución).

2º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción del artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) al no plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando, a juicio del recurrente, existe una evidente contradicción entre el artículo 14 de la Constitución y el artículo 84.3 de la LOE y la disposición Transitoria segunda de la LOMCE, de cuya validez depende el fallo de este caso.

3º Al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por infracción del artículo 4.1 de la LJCA, el artículo 42.3 de la LEC y la jurisprudencia que cita del Tribunal Supremo.

4º Al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA por infracción de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución y del artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960 (en adelante, Convención de la UNESCO), más la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre la educación diferenciada.

Quinto.

Por diligencia de ordenación de 13 de abril de 2016 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida a fin de que, en el plazo de treinta días, formalizara su escrito de oposición, lo que realizó la representación procesal de la Sociedad Anónima para el Fomento de Enseñanzas del Sur (en adelante SAFER) solicitando la desestimación del recurso por las razones que constan en su escrito.

Sexto.

Conclusas las actuaciones, por providencia de 3 de febrero de 2017 se designó Magistrado ponente y se señaló este recurso para votación y fallo el día 18 de abril de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En la instancia se impugnó la orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, por la que se deniega al titular del centro ALTAIR, de Sevilla, la solicitud para acogerse al régimen de conciertos educativos a partir del curso académico 2014/2015, para las unidades que se relacionan en los Anexos. Tal denegación se basa en que el centro en cuestión imparte enseñanzas en los niveles obligatorios conforme al sistema de educación diferenciada.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

Más en concreto la orden estima que el centro infringe el artículo 14 de la Constitución, en cuanto a la interdicción de la discriminación por razón de sexo; el artículo 84.3 de la LOE, en la redacción dada por la LOMCE; el artículo 2 de la Convención de la UNESCO y, finalmente, los artículos 4.5 y 13 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

Tercero.

La sentencia recurrida se remite a lo largo del Fundamento de Derecho Primero a lo ya resuelto por esa Sala en los procedimientos ordinarios 151 y 181/2014, razones que son, en resumen, las siguientes:

1º Tras relacionar los preceptos que invoca la parte demandante, rechaza la solicitud de la Junta de Andalucía para que se suspendiese el procedimiento hasta que el Tribunal Constitucional resuelva los recursos de inconstitucionalidad promovidos, en especial, el recurso 1455/2014 interpuesto por la Junta de Andalucía contra el artículo 84.3 de la LOE y la disposición transitoria segunda de la LOMCE.

2º En este punto se remite a lo ya resuelto en sede de medidas cautelares y frente a los autos dictados por esta Sala de 15 de diciembre de 2006 (recursos 2 y 3/2005) que invocó la Administración ahora recurrente, recuerda que carece de jurisdicción para conocer de la constitucionalidad de las leyes, y sólo si albergase dudas sobre la constitucionalidad de los preceptos antes citados, plantearía la cuestión de inconstitucionalidad con el efecto suspensivo previsto en el artículo 35.3 de la LOTC. En definitiva, que la existencia de un recurso de inconstitucionalidad no suspende la vigencia ni la aplicación de las normas impugnadas (artículo 30 de la LOTC).

3º Rechaza una causa de inadmisibilidad que no es del caso y en cuanto al fondo recuerda que su criterio había sido anular las órdenes que exigían escolarizar alumnos de ambos sexos pues tal exigencia operaba a modo de causa de rescisión cuando se estaba en un procedimiento de renovación.

4º Sin embargo esta Sala, casó y anuló esas sentencias conforme al artículo 84.3 de la LOE en la redacción entonces vigente, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, en relación con el artículo 20.2 de la Ley 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (en adelante, LODE), el artículo 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la Educación (en adelante, LOCE) y los artículos 43 y 44 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos (en adelante, RNBCE).

5º Según esa jurisprudencia la educación diferenciada, que no cuestiona y admite que está amparada en la Convención de la UNESCO, no puede acogerse al régimen de conciertos pues este se sustenta en el artículo 27.9 de la Constitución que remite a los requisitos que la ley establezca y esos requisitos legales no alcanzan a la educación diferenciada.

6º Esta conclusión no queda enervada con los artículos 43 y 44 del RNBCE, pues el artículo 20.2 de la LODE tras su reforma por la LOCE, introdujo la prohibición en la admisión de alumnos de discriminación por razón de sexo, lo que debía relacionarse con la disposición adicional vigésimo quinta de la LOE más los artículos 84 y 116.1 y 2 de la misma norma.

7º Esa jurisprudencia no ha aceptado que de la LODE y de la LOCE se deduzca que la enseñanza diferenciada forme parte del derecho a la creación y dirección de centros privados, luego que constituya un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 de la Constitución. Por tanto, excluir la enseñanza diferenciada del régimen de conciertos forma



www.civil-mercantil.com

parte de la potestad administrativa en materia de admisión de alumnos en los centros privados que reciben ayudas públicas.

8º Sin embargo el estado de la cuestión cambió con el artículo 17.8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, del que se deducía la financiación pública propia de un concierto a centros de educación diferenciada, lo que llevó a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, pero hoy día la cuestión no está resuelta a raíz de la jurisprudencia de esta Sala - tal y como sostiene la Junta de Andalucía - a raíz de la nueva redacción del artículo 84.3 de la LOE por la LOMCE en relación con su disposición transitoria segunda.

9º Estos preceptos estaban en vigor al dictarse la Orden impugnada en la instancia sin que sobre su constitucionalidad tenga dudas la Sala de instancia pues la jurisprudencia reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada.

10º Respecto a la cuestión de si el centro cumple con el artículo 84.3 de la LOE en relación al artículo 2 de la Convención de la UNESCO en cuanto a si ofrece facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado del otro sexo, la Sala de instancia acoge el criterio de la demandante según la cual la facilidad equivalente de acceso a la enseñanza ha de ser ofrecida por el sistema educativo o por los establecimientos de enseñanza, no por ambos.

11º Expone la realidad de estos centros, creados y concertados tras la Convención de la UNESCO, siendo centros especializados en alumnos de un solo sexo, bien masculino, bien femenino, sin que ninguno de ellos quede fuera del sistema educativo español vigente. Además la Administración no ha cuestionado el proyecto educativo del centro, ni las medidas académicas para favorecer la igualdad ni sobre las necesidades de escolarización alegadas pues sólo dice que el centro no cumple con el requisito de satisfacer necesidades de escolarización, teniendo en cuenta "las disponibilidades presupuestarias", sin más explicaciones.

12º Respecto a si esa falta de motivación queda suplida por el informe que obra en el expediente, la Sala recuerda que se trata de un informe elaborado tras el recurso jurisdiccional, y sus razones no figuran en el informe de 10 de febrero de 2014 emitido tras la solicitud del centro.

13º Finalmente, en cuanto a que el centro dejó de ser concertado en el curso 2013/2014, y que concertarlo duplicaría el gasto público, lo rechaza pues no se demuestra, no se discuten ni contradicen las necesidades de escolarización alegadas por la demandante y, en todo caso, es aplicable la disposición transitoria segunda de la LOMCE.

Cuarto.

El primer motivo de casación se plantea al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA, por infracción del artículo 218 de la LEC. Alega la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía que la Sala de instancia no ha motivado la razón por la que no plantea una cuestión de constitucionalidad, pues la convicción que expresa sobre la constitucionalidad del artículo 84.3 de la LOE y de la disposición transitoria segunda de la LOMCE no va acompañada de un razonamiento que concrete cuál es la interpretación que le permite salvar la evidente contradicción que existe, a juicio de la recurrente, entre esos preceptos y el artículo 14 de la Constitución.

Quinto.

Respecto a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, deben tenerse presente las siguientes reglas:



www.civil-mercantil.com

1º Que es deber que los tribunales motiven sus resoluciones, es decir, que den razón de lo decidido, aparte de un expreso mandato legal es una exigencia constitucional (artículo 120 de la Constitución) con relevancia, además, de derecho fundamental en cuanto que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, para así proscribir la indefensión.

2º En el caso de las resoluciones judiciales no implica necesariamente la sujeción a unas reglas formales uniformes, rígidas, fuera de las previsiones del artículo 218 de la LEC: basta que del contenido de la resolución se deduzca esa razón. Por tanto, la motivación no se identifica necesariamente con razonamientos extensos, detallistas, agotadores ni con pronunciarse sobre todo lo alegado por las partes, flexibilidad que debe conjugarse, obviamente, con el respeto a la congruencia debida.

3º En definitiva, se trata de que un lector atento pueda deducir la razón de lo decidido pero aun así con matices, pues en definitiva la motivación está dirigida en primer lugar a quienes por ser parte tienen conocimiento del pleito, y razonamientos que pueden parecer sucintos, serán suficientes para las partes, con satisfacción de su derecho a la tutela judicial efectiva, pero también para permitir su control por una instancia superior.

Sexto.

La sentencia recurrida no ha incurrido en la falta de motivación que reclama el recurso de casación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y esto por las siguientes razones:

1º La sentencia de instancia desarrolla su razonamiento y llega a la conclusión de que la redacción originaria del artículo 84.3 de la LOE - que introdujo la interdicción de la discriminación por razón de sexo -, ha quedado superada una vez reformado aquel precepto por la LOMCE, que considera de plena aplicación al litigio a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la LOMCE. Explica, en definitiva, que según la norma vigente al tiempo de resolver, la educación diferenciada por sexos no constituye un supuesto de exclusión del régimen de conciertos educativos, ni implica en sí misma una discriminación por razón del sexo, si se atiende debidamente a los requisitos que exige el artículo 84.3 de la LODE en la redacción introducida por la LOMCE.

2º De esta manera no cabe apreciar en la sentencia de instancia ninguna quiebra en cuanto a la exigencia de motivar su decisión de no plantear cuestión de inconstitucionalidad en los términos solicitados por la demandada, pues explica de forma clara y sucinta que no tiene dudas de la constitucionalidad de los artículo 84.3 de la LOE y disposición transitoria segunda de la LOMCE, y declara expresamente que «[e] stos preceptos estaban ya en vigor al dictarse la Orden de 27 de febrero de 2014 de la Consejera de Educación de la Junta de Andalucía aquí impugnada, y su constitucionalidad no ofrece dudas a esta Sala a la luz de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, que reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos».

3º No podemos compartir la afirmación de la recurrente de que esta motivación es insuficiente porque se aparta de la regulación y jurisprudencia hasta entonces existente. La propia sentencia hace una exposición extensa de la jurisprudencia anterior y posterior a la LOE, en la que quedan reseñados los diversos pronunciamientos que conforman la jurisprudencia de esta Sala, y en particular diversas sentencias recaídas respecto a la legislación vigente con anterioridad a la LOE.

4º Para la sentencia recurrida, la situación de la cuestión litigiosa, tras la reforma introducida por LOMCE, supone volver en lo esencial al sistema previo a la LOE y a la

Jurisprudencia entonces elaborada por nuestra Sala. Podrá discutirse si esta motivación es acertada o no, pero no negar que la Sala de instancia ha explicado por qué no tiene dudas sobre la constitucionalidad de la norma que aplica.

Séptimo.

En el segundo de los motivos de casación, ya al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, se aduce la « infracción del artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , al no plantear la cuestión de inconstitucionalidad pese a la evidente contradicción entre los preceptos de aplicación al caso» (pág. 3). La recurrente viene a hacer presupuesto de la cuestión: como para ella es "evidente" que existe contradicción entre el artículo 14 de la Constitución, el artículo 84.3 de la LOE y la disposición transitoria segunda de la LOMCE, la Sala de instancia debió plantear la cuestión de inconstitucionalidad y como de la constitucionalidad de esas normas depende el fallo, es por lo que entiende que la sentencia infringe el artículo 35 de la LOTC. La falta de fundamento de tal motivo es obvia por las siguientes razones:

1º Según hemos declarado reiteradamente, la decisión del tribunal a quo de no plantear la cuestión de inconstitucionalidad solicitada en el proceso, no es un asunto que pueda ser traído a casación al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA. Así, hemos declarado en nuestra sentencia de 31 de enero de 2012 (recurso de casación 3791/2001) que: « La jurisprudencia de esta Sala, fijada, entre otras muchas, en las sentencias de 24 enero 1996 , 6 de marzo de 1998 , 2 de junio de 2009 y 17 de diciembre de 2010, dictadas, estas tres últimas, en los recursos de casación números 109/1992 , 3298/2007 y 5918/2008 , conduce a entender que la decisión del Tribunal "a quo" de no plantear una cuestión de inconstitucionalidad solicitada en el proceso, no es una que pueda ser traída a casación al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ , pues los artículos 163 Constitución y 35.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional , que son los que directamente se refieren a la posibilidad del planteamiento de aquélla, dejan, sin más, a la "consideración" del juzgador tal decisión, la cual, por ello, no los infringe, no puede infringirlos, por el solo hecho de ser, explícita o implícitamente, de sentido negativo. Amén de esto, si la norma o normas con rango de ley que la parte reputa inconstitucionales son posteriores a la Constitución y, por ende, no han sido, no han podido ser, derogadas por ésta, son aplicables en el proceso en tanto no reciban tal calificación por sentencia del Tribunal Constitucional, con la consecuencia obligada de que aquel Tribunal, al aplicarlas, no incurre, no ha podido incurrir, en el supuesto que prevé aquel artículo 88.1.d), esto es, en "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate"».

2º Por otra parte, la sentencia recurrida expone con toda claridad que no tiene duda de la constitucionalidad de la norma que aplica. Y las cuestiones de inconstitucionalidad que la misma Sala de instancia reseña haber planteado respecto al artículo 17.8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, no tienen relación alguna con el presente litigio, ya que en aquellas no se dudó del respeto al principio de igualdad. Allí tan sólo se suscitaba la idoneidad de incluir en un texto legal de las características de una ley de presupuestos determinadas previsiones sobre regulación del módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados, concretamente lo dispuesto en su artículo 17.8 que señala: « Lo establecido en este artículo será plenamente aplicable a la financiación de todos los centros concertados incluidos los de educación diferenciada que escolarizan alumnos de un solo sexo, y ello, con independencia del modelo de agrupamiento de alumnos que realicen los centros docentes en el ejercicio de sus competencias».



www.civil-mercantil.com

3º En síntesis, se entendió en aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que el artículo 17.8 de la Ley 17/2012, podría vulnerar tanto el artículo 81.1 de la Constitución, pues está reservado a ley orgánica regular aspectos esenciales de un derecho fundamental, como el artículo 134.2 de la Constitución, por no poder considerarse dicho párrafo contenido ni necesario ni eventual de la ley de presupuestos, conforme a la doctrina constitucional. Por consiguiente, se trata de un planteamiento por completo ajeno al de la duda de constitucionalidad que propugna la recurrente.

4º No es ocioso añadir que las cuestiones de inconstitucionalidad que la Sala de instancia planteó fueron inadmitidas por el Tribunal Constitucional, que en sentencia 234/2015, rechazó la formulada por la sala de instancia porque en la «[...] explicación de la dependencia del fallo respecto de la validez constitucional de las normas cuestionadas [...], no ha tenido en cuenta lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), en relación con la aplicación temporal de la redacción dada al artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOE), por el artículo único, 61 LOMCE».

Octavo.

Como motivo tercero, también al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, se alega la vulneración del « artículo 4.1 de la LJCA , el artículo 42.3 de la LEC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la necesidad de suspender los procedimientos judiciales en los que se están valorando normas o preceptos aplicables al caso, cuya constitucionalidad se esté enjuiciando». La Administración recurrente sostiene que la Sala de instancia infringe los preceptos allí reseñados referidos a la prejudicialidad porque debió suspender el procedimiento, pues en el pleito se aplican normas cuya constitucionalidad está enjuiciando el Tribunal Constitucional, en el ámbito del recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad Autónoma de Andalucía. Planteado en estos términos, el motivo debe ser desestimado por las siguientes razones:

1º Existe en el propio planteamiento una contradicción, pues si bien la infracción se hace valer al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA, lo que implica la denuncia de un vicio in iudicando, lo que en realidad se suscita es que la Sala de instancia no debió llegar a dictar sentencia, sino suspender el procedimiento antes de dictar sentencia, planteando así lo que sería un vicio in procediendo, propio del artículo 88.1.c) de la LJCA. Pero al invocar un motivo del artículo 88.1.d), lo que se impugna no es el proceder de la Sala, sino el juicio que recoge la sentencia en los tres últimos párrafos del Fundamento de Derecho Primero.

2º No hay infracción del artículo 4.1 de la LJCA, pues lo que esta norma prevé es que los tribunales de este orden no conozcan de cuestiones prejudiciales constitucionales. Pero la Sala de instancia ha hecho un juicio previo de constitucionalidad, mediante el que los tribunales participan del control de la constitucionalidad de las leyes, y lo ha resuelto en el sentido de que no duda de la constitucionalidad de la norma aplicada. La consecuencia es que al ser ese el resultado de tal juicio previo, del artículo 4.1 de la LJCA no se deduce efecto suspensivo que sea preceptivo por el hecho de que penda un recurso de inconstitucionalidad o bien otra cuestión planteada por otro tribunal si, como es el caso, la Sala de instancia no tiene dudas sobre la constitucionalidad de la norma que aplica.

3º Respecto a la pretendida infracción del artículo 42.3 de la LEC, basta examinar su presupuesto de hecho, para concluir que se trata de una norma ajena a lo planteado. Es cierto que en sendos autos de 15 de diciembre de 2006 (recursos contencioso-administrativos 2 y 3/2005), que cita la parte recurrente, esta norma se ha aplicado por analogía por nuestra Sala para acordar la suspensión de procedimientos hasta la resolución por el Tribunal Constitucional



www.civil-mercantil.com

de recursos o cuestiones de inconstitucionalidad. Ahora bien, no cabe la invocación de autos a efectos casacionales, pues no forman jurisprudencia.

4º Y la única sentencia que se cita - que no es bastante para formar jurisprudencia, pues son precisas al menos dos -, es una sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2005, recaída en el recurso de casación en interés de la ley 6/2004, que se limita a declarar como doctrina legal que « la suspensión del procedimiento por prejudicialidad prevista en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es supletoriamente aplicable a la jurisdicción Contencioso-Administrativa en aquellos supuestos en los que la cuestión previa a dilucidar consiste en la determinación sobre la legalidad o validez de una disposición de carácter general de rango reglamentario». Los razonamientos que la recurrente entresaca de la sentencia en cuestión constituyen una simple argumentación expuesta a modo de óbiter dictum, que no forman parte del pronunciamiento, pues precisamente la parte dispositiva de la sentencia descarta la suspensión por prejudicialidad en el caso planteado, que no concernía al efecto suspensivo de recursos de inconstitucionalidad o cuestiones de inconstitucionalidad.

5º Por último, existe otra razón determinante de la improcedencia de acordar la suspensión, y es que como la Sala de instancia expresa, la jurisprudencia de nuestra Sala formada en el marco legislativo vigente anteriormente a la LOE, constató que, como expone la sentencia de 26 de junio de 2006 (recurso de casación 3356/2000) «[...] no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo [...]», y así lo reitera la sentencia de 24 de febrero de 2010 (recurso de casación 2223/2008) cuando afirma que «[...] la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención [de la Unesco] puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002 [...]».

6º En los autos de 15 de diciembre de 2006, antes citados, esta Sala declaró la suspensión por aplicación analógica del artículo 43 de la LEC, requiere la consideración de que « existen razones que aconsejen la adopción de tal medida», lo que remite a la consistencia de las dudas sobre la constitucionalidad de las normas legales en aplicación. Pero en el presente caso, esas razones no concurren, ya que como expresa la sentencia recurrida, tales dudas de constitucionalidad no existen a la vista de la sólida línea jurisprudencial en que se apoya, de manera que adoptar medidas de suspensión del procedimiento, sin existir duda de constitucionalidad, produciría un perjuicio al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, en particular de la recurrente, ya que supondría perpetuar una situación que le priva del acceso a unos fondos públicos para el mantenimiento de centros educativos, sin base legal.

Noveno.

Finalmente y como motivo cuarto de casación, al amparo del artículo 88.1ºd) de la LJCA, se invoca la infracción de « lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución , en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo existente sobre la educación diferenciada, porque al estimar el recurso lo que ha llevado a cabo es una aplicación del artículo 84.3 de la LOE claramente contraria a lo establecido en los citados preceptos y jurisprudencia». El motivo así expuesto ha de ser rechazado por las siguientes razones:

1º Respecto a la invocación de infracción de jurisprudencia, hemos declarado reiteradamente, por todas nuestra sentencia de 8 de marzo de 2011 (recurso de casación 2784/2009) que «[...] cuando se denuncia la infracción de Jurisprudencia ha de hacerse un cierto análisis comparativo entre las Sentencias del Tribunal Supremo que se traen a colación y la aplicación del ordenamiento jurídico realizado por el Tribunal "a quo" para poner de relieve la

www.civil-mercantil.com

vulneración en que incurre la sentencia impugnada». Nada de ello se cumple en el motivo de casación en estudio, que se limita a enumerar un conjunto de sentencias cuya doctrina se dice infringida, sin ningún análisis ni exposición de su contenido.

2º Los centros privados que deseen acogerse al sistema de concierto, deberán cumplir los requisitos legales establecidos al efecto, lo que no es sino consecuencia del artículo 27.9 de la Constitución que hace una expresa remisión a los requisitos que la ley establezca. Esto explica que el derecho fundamental a percibir ayudas por parte de los centros, sea un derecho supeditado al cumplimiento de esos requisitos por lo que es un derecho de configuración legal, lo que remite a la aplicación del artículo 84.3 de la LOE en su redacción por la LOMCE, precepto que es plenamente conforme con el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución, y con las normas internacionales que, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, han de informar la interpretación de las normas de la Constitución sobre los derechos y libertades en ella reconocidas.

3º En este punto hemos de reseñar la jurisprudencia de nuestra Sala, con especial referencia a la sentencia de 26 de junio de 2006 (recurso de casación 3356/2000) donde, con especial atención al régimen de convenios internacionales vigentes en la materia, destacamos la importancia de la invocación del artículo 10 c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Ese precepto dice:

» "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

» c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza".

» Sin embargo, [...] la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 14 de diciembre de 1960, afirma en su artículo 2 a) que:

» "En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán constitutivas de discriminación el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

» a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas equivalentes".

» A la vista de estos textos que, ciertamente, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución han de informar la interpretación de las normas sobre los derechos y libertades en ella reconocidas, no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo. No sólo porque así lo dice la Convención citada, sino porque el artículo 10. c) de la de 1979 no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino. No hay contradicción entre ellos y es distinta la fuerza normativa que despliegan vista la estructura de uno y otro precepto. En el último caso, se afirma tajantemente que en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo. En el primero, se dice que la enseñanza



www.civil-mercantil.com

mixta es un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo.

» Por tanto, las normas internacionales dejan abierta la cuestión[...]».

4º En el mismo sentido, la sentencia de 24 de febrero de 2010 (recurso de casación 2223/2008) reitera que «[...] la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención [de la Unesco] puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002 [...]».

5º En definitiva, la nueva redacción del artículo 84.3 de la LOE y el mandato de acceso en condiciones de igualdad, se complementa con la referencia del apartado tercero al mandato de no discriminación por razón de sexo, precisando la misma sentencia que se cita lo siguiente:

« no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

» En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad».

6º Todas estas garantías constan debidamente acreditadas en el caso de autos, según declara la sentencia recurrida y no se cuestiona en el recurso de casación, por lo que el pronunciamiento estimatorio de su fallo resulta plenamente acorde con la interpretación y aplicación de los artículos 14 de la Constitución y artículo 84 de la LOE.

7º En definitiva, con la reforma efectuada por la LOMCE en el artículo 84.3 de la LOE, el legislador ha seguido y reafirmado un criterio de compatibilidad de los sistemas de educación diferencia por sexo con el principio de igualdad, cuya constitucionalidad no suscitó dudas durante la aplicación del marco normativo previo a la LOE, ni las suscita ahora, habida cuenta de la exigencia impuesta para los centros que impartan enseñanzas bajo este sistema garanticen el pleno respeto a las exigencias derivadas de la normativa internacional, en particular a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención de la UNESCO, a cuyo fin deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.

8º Por último, resulta plenamente conforme con el artículo 2 de la Convención citada la interpretación de que las facilidades equivalentes de acceso de ambos sexos a la enseñanza, deban ser proporcionadas, bien por los sistemas educativos, o por los establecimientos, sin que resulte exigible que en todo caso sean los centros o establecimientos los que deban ofrecer tales condiciones de acceso equivalentes para ambos sexos.

9º Por lo expuesto, este último motivo de casación tampoco puede prosperar, por lo que el recurso de casación ha de ser rechazado.

Décimo.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LJCA se imponen las costas a la recurrente. Y, al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 4000 euros.



www.civil-mercantil.com

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta Sala ha decidido

Primero.

Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la JUNTA DE ANDALUCÍA contra la sentencia de 24 de septiembre de 2015, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, en el procedimiento ordinario 152/2014.

Segundo.

Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta Sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR que formula la MAGISTRADA EXCMA. SRA. DÑA. MARÍA DEL PILAR TESO GAMELLA, al que se adhiere el MAGISTRADO EXCMO. SEÑOR D. PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, a la Sentencia de 4 de mayo de 2017, dictada en el recurso de casación nº 3337/2015

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria de la Sala (Sección Cuarta), debo expresar mi disenso con la sentencia que acuerda no haber lugar al recurso de casación, interpuesto contra la sentencia que estimó el recurso contencioso administrativo formulado, a su vez, contra las resoluciones administrativas que denegaron el régimen de conciertos educativos en diversos centros, a partir del curso académico 2014/2015, por razón de la educación separada en función del sexo de los alumnos. La discrepancia se basa en las siguientes razones.

Primera.

La sentencia de la que disiento tiene un carácter prematuro, pues debió de suspenderse la votación y fallo del recurso de casación hasta que fuera resuelto, entre otros, el recurso de inconstitucionalidad nº 1455/2014, interpuesto por el Gobierno de Andalucía contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa. Este recurso de inconstitucionalidad ya fue admitido por el Tribunal Constitucional mediante providencia de 8 de abril de 2014, haciendo constar que el recurso se interpone contra determinados preceptos de dicha Ley Orgánica 8/2013 por los que se modifica, se da nueva redacción o se añaden a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, determinados preceptos, por lo que hace al caso, del artículo 84.3 de la Ley.



www.civil-mercantil.com

La interpretación y aplicación de este artículo 84.3 resulta decisiva y esencial para la resolución del recurso de casación, cuando se impugna una sentencia dictada sobre la denegación del concierto educativo, por razón de la educación diferenciada en función del sexo de los alumnos. De manera que adelantarse en su resolución a lo que próximamente decidirá el Tribunal Constitucional supone, no sólo apartarse de criterio procesal constante y uniforme de esta Sala Tercera, tanto de esta Sección Cuarta como de las demás Secciones, en los términos que seguidamente veremos, sino crear una situación irreversible que, de este modo, quede inmune al posterior pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

El criterio tradicional de esta Sala ha sido suspender la sustanciación del procedimiento, en el trámite en que se encuentre, preferentemente en el momento de la votación y fallo, hasta que se dicte la correspondiente sentencia por el Tribunal Constitucional en un recurso de inconstitucionalidad o en una cuestión de inconstitucionalidad planteada por otro órgano jurisdiccional que no es el Tribunal Supremo, que son los casos que se asimilan al ahora examinado. Los conflictos de competencia del artículo 60 de la LOTC no guardan relación con lo ahora debatido y quedan, por tanto, extramuros de las presentes consideraciones, pues expresamente el artículo 61.2 de la LOTC impone dicha suspensión del curso del proceso.

Aunque el motivo de este disenso es bien concreto y limitado, sin embargo no considero que sea intrascendente ni baladí que el Tribunal Supremo cambie su comportamiento procesal uniforme y reiterado, para el caso de los conciertos educativos en los casos de educación diferenciada por razón de sexo, sin justificación.

Segunda.

Antes de hacer una referencia a las resoluciones de esta Sala que conforman ese comportamiento procesal reiterado, ya sea con forma de auto o de providencia, acordando la suspensión del recurso, tanto de recursos de casación como de recursos contencioso administrativos, por encontrarse pendientes ante el Tribunal Constitucional recursos y cuestiones de inconstitucionalidad que directamente afectan a la razón de decidir. Debe destacarse que ya hay un recurso suspendido por esta Sala Tercera (Sección Cuarta), a la espera de que se resuelvan los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la misma Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa, respecto de cuyo criterio ahora se ha decidido apartar.

Así, resulta significativo que en relación con esta Ley Orgánica 8/2013, se encuentra ya suspendido, ante esta Sala y Sección, el recurso contencioso administrativo nº 329/2014, en el que se dictó providencia de 19 de febrero de 2015, acordando que , queden en suspenso las actuaciones hasta que por el Tribunal Constitucional se pronuncie" sobre los recursos de inconstitucionalidad nº 1377 , 1385, 1406, 1433, 1435, 5376 de 2014, relativos precisamente a la Ley Orgánica 8/2013. Teniendo en cuenta que en dos de los expresados recursos de inconstitucionalidad, los que llevan los números 1406 y 1433 de 2014, se impugnaba, precisamente, el artículo 84.3 citado. Entonces, en dicha providencia de 2015, se dejaron en suspenso las actuaciones, y ahora no.

Por otro lado, si lo que se pretende es cambiar ahora ese criterio reiterado para adoptar éste en lo sucesivo, debió instarse la convocatoria de un Pleno de la Sala Tercera, para realizar dicha modificación.

Tercera.

Pero es que, además, seguidamente se exponen, sin ningún ánimo de exhaustividad ante su abundancia, los recursos que han sido suspendidos ante esta Sala cuando la Ley que



www.civil-mercantil.com

resultaba aplicable se encontraba sometida al juicio del Tribunal Constitucional, ya sea mediante recurso de inconstitucionalidad, ya sea mediante cuestión de inconstitucionalidad interpuesto por otro órgano judicial. Bastaba la mera coincidencia en la norma para acordar la suspensión, ni siquiera se abundaba en el juicio de relevancia, ni se tenían en cuenta los motivos de impugnación o de casación que se esgrimían.

A) Las resoluciones, con forma de auto, que suspenden la tramitación de los recursos, son las siguientes.

En relación con la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas, sobre reducción de los rendimientos irregulares del trabajo, acordamos << Dejar sin efecto el señalamiento para votación y fallo que venía acordado, y SUSPENDER la tramitación del recurso de casación nº 10925/2004 hasta tanto no recaiga sentencia en el recurso de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla , en el procedimiento ordinario nº 1935/2003>> (Auto de la Sección Segunda de 10 de febrero de 2010, dictado en el recurso de casación nº 10925/2004).

En relación con el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, acordamos << Suspender el recurso contencioso-administrativo número 105/2003 hasta tanto no recaiga sentencia del Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad entablados contra el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio>> (Auto de la Sección Tercera de 23 de septiembre de 2005, dictado en el recurso contencioso administrativo nº 105/2003). En este sentido, los Autos de 3 de octubre de 2005 (recurso contencioso administrativo nº 133/2003), y de 22 de junio de 2005 (recurso contencioso administrativo nº 95/2003), entre otros.

En relación con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del orden social, señalamos que << carece de sentido que esta Sala Tercera del Tribunal Supremo plantee cuestión de inconstitucionalidad, porque ya existe un recurso de inconstitucionalidad admitido a trámite, de modo que la competencia para decidir le corresponde en plenitud al Tribunal Constitucional, por lo que nada añade el que esta Sala Tercera pudiera plantear cuestión de inconstitucionalidad, y todavía que decidiera lo contrario. (...) En consecuencia lo que procede es suspender el señalamiento y esperar a la decisión que adopte el Tribunal Constitucional>> (Auto de la Sección Tercera de 27 de marzo de 2007 dictado en el recurso contencioso administrativo nº 57/2004).

En relación con esta misma Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden social, se acordó mediante Auto de 5 de Febrero de 2004, <<suspender el señalamiento del recurso y las actuaciones hasta que el Tribunal Constitucional resolviese el recurso de inconstitucionalidad admitido a tramite según providencia de dicho Tribunal de fecha 7 de Mayo de 2002 (BOE del 21 de mayo de 2002)>>. Hasta que se publicó la Sentencia 102/2012, de 8 de Mayo, del Pleno del Tribunal Constitucional, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1921/2002 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra los artículos 89 y 90 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Es el caso también de lo sucedido en los recursos nº 169/2002, 57/2004 y 3735/2014, resueltos por Sentencias de 25 de abril de 2013 (recurso contencioso administrativo nº 169/2002), 9 de mayo de 2013 (recurso contencioso administrativo nº 57/2004) y de 27 de enero de 2016 (recurso de casación para la unificación de doctrina nº 3735/2014).

En relación con el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero , de Medidas Urgentes en el Sistema Eléctrico y en el Sector Financiero, declaramos que << En atención a la coincidencia entre los preceptos del Real Decreto-ley sobre los que la parte solicita el planteamiento de la



www.civil-mercantil.com

cuestión de inconstitucionalidad y los que han sido impugnados (...) la Sala acuerda suspender el procedimiento hasta tanto no recaiga sentencia del Tribunal Constitucional en el mencionado recurso de inconstitucionalidad>>(Auto de la Sala, Sección Tercera, de 22 de julio de 2014 dictado en el recurso contencioso administrativo nº 128/2013). En este mismo sentido los Autos 22 de julio de 2014 (recurso contencioso administrativo nº 131/2013) de 23 de julio de 2014 (recurso contencioso administrativo nº 123/2013), de 9 de septiembre de 2014 (recurso contencioso administrativo nº 112/2013), y 2 de junio de 2014 (recurso contencioso administrativo nº 98/2013), entre otros.

B) Muchos más son los casos detectados en los que se suspende la sustanciación del procedimiento mediante providencia, que se han dictado, también, tanto en recursos de casación como en los recursos contencioso administrativos. Una muestra de ellas, insistimos sin vocación de exhaustividad atendido el volumen de recursos en los que se ha acordado la suspensión, son las siguientes.

En relación con el Real Decreto-Ley 5/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Contención del Gasto Farmacéutico Público y de Racionalización del Uso de los Medicamentos, se señaló que << Por Providencia de fecha 6 de junio de 2007, habiendo sido planteada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria cuestión de inconstitucionalidad nº 3169/05 , en relación con el Real Decreto-Ley 5/2000, de 23 de junio, sobre medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico público y de racionalización del uso de los medicamentos y asimismo planteamiento de queja ante la Comisión Europea en relación con la incompatibilidad del Real Decreto 2402/04 de 30 de diciembre, que desarrolla el artículo 104 de la Ley 25/1990 de 20 de diciembre , del medicamento, origen del presente recurso, con el artículo 4 de la Directiva 89/105/CE , relativa a la transparencia de las medidas que regulan la fijación de precios de los medicamentos, se procede acordar la suspensión del presente recurso hasta la resolución de las cuestiones planteadas. (...) Mediante Providencia de fecha 17 de junio de 2014 se levanta la suspensión acordada en su día, dándose traslado a las partes, por plazo de cinco días para que aleguen lo que a su derecho convenga, de la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el recurso 3169/2005 >>. Así consta en los antecedentes de las Sentencias de 5 de noviembre de 2014 (recurso contencioso administrativo nº 17/2005), y en las Sentencias de fecha 21 de noviembre de 2014 (recursos contencioso-administrativos nº 23/2005, nº 31/2005, nº 25/2005 y nº 29/2005), 25 de noviembre de 2014 (recursos contencioso-administrativos nº 50/2009, nº 24/2009, nº 52/2009 y nº 54/2009), 1 de diciembre de 2014 (recursos contencioso-administrativos nº 51/2009, nº 28/2005, nº 33/2005, nº 49/2009, nº 47/2008, nº 30/2005, nº 27/2005, nº 36/2005 y recursos de casación nº 4373/2004, nº 6652/2005 y nº 3027/2005) y de 24 de marzo de 2015 (recurso contencioso administrativo nº 56/2009).

En relación con el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, también la Sección Tercera, <<mediante providencia de fecha 9 de marzo de 2005, se señaló para la votación y fallo del presente recurso contencioso administrativo el día 21 de junio de 2005, dictándose otra en fecha 21 de junio de 2005 en la que se acuerda, toda vez que se encuentra pendiente de señalamiento ante el Tribunal Constitucional el recurso de inconstitucionalidad nº 5077/2000 , formulado contra el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, en desarrollo del cual se dictó el Real Decreto impugnado en el presente recurso, oír a las partes sobre la conveniencia de suspender la resolución de este asunto hasta tanto no recaiga sentencia en el recurso mencionado y suspender el señalamiento acordado. Por auto de esta Sala, de fecha 3 de octubre de 2005 , se acuerda suspender el presente recurso hasta tanto no recaiga sentencia en los recursos de inconstitucionalidad entablados contra el Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio. Por



www.civil-mercantil.com

providencia de fecha 7 de febrero de 2006, habiendo sido resuelto el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones, se acuerda proceder a levantar la suspensión>>. Es el caso de dos sentencias de 3 de octubre de 2006 (recursos contencioso-administrativos nº 133/2003 y nº 105/2003).

Sobre la Disposición adicional 48ª de la Ley 2/2004, de Presupuestos Generales del Estado para 2005, por la que se añadió la disposición adicional 9ª a la Ley 25/1990, 20 de diciembre, del Medicamento, se acordó que, dada la pendencia del recurso de inconstitucionalidad nº 1955/2005 que <<afecta a la cuestión objeto de debate, se acordara la suspensión del señalamiento hasta que el Tribunal Constitucional dicte Sentencia. (...) Mediante Providencia de fecha 22 de abril de 2015 se levanta la suspensión del procedimiento acordada en su día, a la vista de la publicación en el BOE nº 85, de fecha 9 de abril de 2015, de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 44/2015, de 5 de marzo, que resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad nº 1955/2005, dando plazo común de diez días a las partes, para que aleguen lo que a su derecho convenga sobre la incidencia de dicha Sentencia en el presente recurso>>.

Así consta en los antecedentes de las Sentencias de 1 de diciembre de 2014 (recurso de casación nº 7795/2001 y recursos contencioso administrativo nº 26/2005 y nº 47/2008), 14 de julio de 2015 (recurso de casación nº 6365/2015 y nº 3660/2009), 15 de julio de 2015 (recursos de casación nº 5532/2008, nº 5785/2008, nº 5499/2008 y nº 5537/2008), 17 de julio de 2015 (recursos de casación nº 4716/2008 y nº 5505/2008), 8 de febrero de 2016 (recursos de casación nº 3772/2009, nº 3337/2009, nº 4686/2010, nº 2880/2010, 11 de febrero de 2016 (recursos de casación nº 838/2009 y nº 5449/2009), 15 de marzo de 2016 (recursos de casación nº 6363/2011 y nº 6653/2009), 30 de marzo de 2016 (recursos de casación nº 7015/2010, nº 3173/2010, nº 5499/2009 y nº 5482/2009), 13 de abril de 2016 (recursos de casación nº 5202/2009, nº 4749/2009, nº 14/2011, nº 1449/2010 y nº 1495/2010).

En relación con el Real Decreto-ley núm. 13/2005, de 28 de octubre, por el que se modifica la Ley 4/1986, de 8 de enero, de cesión de bienes del patrimonio sindical acumulado, también se suspendieron los siguientes recursos contencioso administrativos hasta que se dictó la STC 125/2016, de 7 de julio. Así consta en las Sentencias de 25 de noviembre de 2016 (recursos contencioso administrativos nº 429/2007), 12 de diciembre de 2016 (recursos contencioso administrativo nº 162/2008) y 15 de diciembre de 2016 (recursos contencioso administrativo nº 140/2008 y nº 430/2007).

En relación con la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, se acordó que <<procede suspender el señalamiento efectuado para el día de hoy del recurso contencioso-administrativo número 1/1/2009, promovido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma, hasta que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de inconstitucionalidad número 5120/2007, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura contra los artículos 43, 50.1.a), 50.2 y 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.>> Así consta en los antecedentes de las Sentencias de 13 de junio de 2011 (recurso contencioso administrativo nº 1/2009), y de 14 de junio de 2011 (recurso contencioso administrativo nº 2/2009), que se dictan tras alzarse la suspensión acordada, al transcribirse el contenido de la providencia que suspende el señalamiento.

En relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, se indica que dieron <<por concluidas las actuaciones, señalándose para



www.civil-mercantil.com

votación y fallo la audiencia del día (...), en cuyo acto, se dictó Providencia, dejando sin efecto el señalamiento hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre los recursos de inconstitucionalidad pendientes contra la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral>>. Es el caso de tres sentencias de fecha 19 de mayo de 2015 (recursos contencioso administrativos nº 626/2012, nº 534/2012 y nº 836/2012).

Cuarta.

La muestra anterior es suficiente para avalar la tesis que sostiene esta discrepancia y es que en el presente recurso de adopta un comportamiento procesal distinto, del reiterado y uniforme que viene siguiendo esta Sala Tercera, en sus diversas Secciones y tanto ante recursos de casación y como ante recursos contencioso administrativos.

No se trata de valorar, hacer previsiones o cálculo de probabilidades sobre lo que declarará, o no, el Tribunal Constitucional. En absoluto. Estas conjeturas quedan extramuros de este voto particular y no afectan ni guardan relación con el mismo. Se trata simplemente de ajustarse, en virtud del principio de precaución y de la nada desdeñable, y siempre deseable, coherencia en el proceder judicial, a lo que viene acordando desde antiguo esta Sala Tercera. Sin que puedan hacerse excepciones, en materia de conciertos educativos, que se encuentran carentes de justificación.

Por ello la suspensión hasta la resolución del recurso de inconstitucionalidad debió de acordarse, como venimos haciendo, al margen de los motivos de casación que se habían invocado, a los que, como es natural, se daba cumplida respuesta, en los asuntos citados, cuando se dictaba la posterior sentencia, pero a los que ni se mencionan en los autos o providencias de suspensión que se han relacionado.

La suspensión del recurso se acordaba ante la mera noticia de un recurso de inconstitucionalidad admitido por el Tribunal Constitucional, cuya publicación aparece en el Boletín Oficial del Estado, aunque normalmente se ponía de manifiesto por alguna de las partes. En este sentido gráficamente el Auto de 23 de septiembre de 2005 (recurso contencioso administrativo nº 105/2003) declaraba que << Teniendo conocimiento la Sala de que se encontraba pendiente de resolución el recurso de inconstitucionalidad 5077/2000 , planteado ante el Tribunal Constitucional contra el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, se dictó providencia con fecha 21 de junio de 2005 suspendiendo el señalamiento efectuado>>, y acordaba << Suspender el recurso contencioso-administrativo número 105/2003 hasta tanto no recaiga sentencia del Tribunal Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad entablados contra el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio>>.

Por otro lado, los eventuales perjuicios derivados de la suspensión del curso del proceso han de canalizarse, a solicitud de la parte correspondiente, mediante la adopción de medidas cautelares.

En consecuencia, debió de suspenderse el acto de votación y fallo, para evitar una decisión firme, inmune y ajena a la posterior decisión del Tribunal Constitucional, sobre la constitucionalidad del tan citado artículo 84.3.

En Madrid a 4 de mayo de 2017

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE, anunciado en el momento de la firma de la Sentencia 749/2017, que formula el presidente de la sección EXCMO. SR. DON JORGE RODRIGUEZ-ZAPATA PEREZ, en el recurso de casación 3337/2015.



www.civil-mercantil.com

El artículo 260.1 de la LOPJ permite anunciar voto particular en el momento de la firma de la sentencia. En ese caso el voto que se formula debe adoptar también forma de sentencia. Así lo hago, conforme a argumentos que sostuve a lo largo de las deliberaciones. Una lectura atenta permitiría inducirlos de la propia sentencia, pero, en el momento de firmar, he entendido que es pertinente explicitarlos.

Acepto, por remisión, los antecedentes de hecho, los fundamentos jurídicos y el fallo de la sentencia, con los que estoy conforme (artículo 260.1 LOPJ).

Considero pertinente añadir en los razonamientos del FJ 8º -en el que se desestima el motivo específico del recurso de casación por el que la Junta de Andalucía se queja de que la Sala de instancia no haya suspendido el proceso para aguardar a que el Tribunal Constitucional resuelva el recurso de inconstitucionalidad presentado por la misma recurrente, como Comunidad Autónoma de Andalucía- los párrafos siguientes, que deberían servir de conclusión, como párrafo octavo, del fundamento jurídico octavo de la sentencia:

Octavo.

Una mera práctica procesal, sin apoyo en precepto legal que directamente la sustente, no vincula como regla de precedente. Además hay una razón obvia que determina la diferencia entre el presente caso y los supuestos en los que una cierta práctica procesal de esta Sala ha suspendido la tramitación de otros recursos por pender recursos de inconstitucionalidad, o cuestiones planteadas por otros tribunales.

Esos otros casos, por numerosos que fueren, son asuntos en los que bien en única instancia, bien en casación, esta Sala ha estimado oportuno suspender pese a que, como es sabido, no es cuestión prejudicial devolutiva, conforme al artículo 4.1 de la LJCA y 42.3 de la LEC, la pendencia ante el Tribunal Constitucional de recursos o de cuestiones de inconstitucionalidad.

En este recurso, en cambio, y en clara diferencia de todos los otros, resulta:

- a) Que esta Sala no duda de la constitucionalidad de la norma aplicada, por lo que no hemos acordado el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.
- b) Que lo que se ventila en este motivo de casación es, precisamente, la legalidad de que no se haya suspendido el proceso en la instancia.

Ya hemos razonado en forma extensa que es conforme a Derecho que la Sala de Sevilla no lo haya hecho. Es claro que tampoco lo debemos hacer nosotros. En efecto, si esta Sala suspendiese ahora el curso de este recurso de casación por medio de una resolución interlocutoria, estaríamos produciendo -cualquiera que fuese el pronunciamiento futuro del Tribunal Constitucional- un efecto equivalente a la estimación del motivo de casación que se examina, con daño evidente a la tutela judicial efectiva de la parte hoy recurrida en casación.

En tal sentido formulo este voto particular concurrente, expresando mi respeto a los compañeros de Sección.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. Jose Luis Requero Ibañez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico. El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.